Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Nothwendigkeit, mit welcher der Richter durch die Gründe zur Entscheidung geführt wird, mit derselben werden die Parteien, welche die Entscheidung vertheidigen oder angreifen wollen, von der Entscheidung auf die Gründe zurückgeführt. Deßhalb werden die Gründe stets ein nothwendiger Gegenstand der Reflexion des Gerichts sowohl als der Parteien, in allen Instanzen bleiben. Da nun nach einer sehr verbreiteten Ansicht die Zulässigkeit der Appellation bedingt ist durch ihre Nothwendigkeit [1]), diese aber Fähigkeit zur Rechtskraft derjenigen Bestimmung voraussetzt, wogegen die Appellation gerichtet wird; so lag die Behauptung der Rechtskraft der Gründe in der Consequenz des Schlusses auf irrigen Vordersätzen.

XIV.

Ueber die Abschaffung des Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und summarischen Civilprocesse und über die Beibehaltung der Rechtskraft der interlocutorischen Erkenntnisse, wo sie in dem Civilprocesse noch vorkommen.

Von

Dr. **Ludwig Höpfner**,

Appellationsrath in Dresden.

Herr Finanzprocurator Advocat Beschorner zu Dresden, der zugleich mit dem Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes Mitglied der Gesetzgebungscommission für das Königreich Sachsen ist, hat S. 176 ff. dieses Bandes des Archivs für den Wegfall der Rechtskraft der Beweisinterlocute in dem Civilprozesse, jedoch für die Vorschreibung der Beweislast und das Beweisthema im ordentlichen Civilprozesse durch ein-

1) v. Linde, Handbuch über die Rechtsmittel. I. S. 103.

faches richterliches Decret, mithin auch für die fernere Beibehaltung des Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und summarischen Civilprozesse, sich ausgesprochen, und dabei S. 180 behauptet, daß der Verfasser bei den Debatten über den Gegenstand in der gedachten Commission seiner Ansicht beigetreten sei. Der Verfasser muß dieser letzten Erklärung entschieden widersprechen, indem er meint, daß dieselbe auf einer Verwechslung beruhe, auf der Verwechslung nemlich der Behauptung des Verfassers, daß ein Beweisinterlocut in der Regel gar nicht nöthig sei, mit der Behauptung des Hrn. Advokat Beschorner, daß dem Beweisinterlocute nicht brauche Rechtskraft beigelegt zu werden. Der Verfasser hat in der Gesetzgebungscommission, wie deren Protocolle und ein an das Ministerium der Justiz gerichtetes ausführliches Schreiben vom 23/26. März 1849, das unter den Mitgliedern der Commission circulirt hat, klar zeigen, mit Bestimmtheit dahin seine Meinung geäußert:

daß die fernere Unterscheidung zwischen dem ordentlichen und summarischen Civilprozesse in Wegfall kommen, daß nur zwischen einer kürzern und längern Proceßart unterschieden und daß den sogenannten interlocutorischen Erkenntnissen, namentlich den Beweisinterlocuten, die ausnahmsweise noch vorkommen könnten, eben so, wie den sogenannten Definitiverkenntnissen, die Rechtskraft beigelegt werden müsse.

Diese Meinung hat der Verfasser bereits in seinem „Worte an die Gesetzgeber Teutschlands, Dresden und Leipzig, 1848, S. 33 f." und in seinem „Entwurfe einer bürgerlichen Gerichtsordnung für Teutschland, Leipzig, 1848, Abschnitt IX., XXXIII., XXXIV" auf das Deutlichste niedergelegt; er würde mit sich selbst in den offensten Zwiespalt gerathen sein, hätte er in der Commission die Ansicht des Hrn. Advokat Beschorner vertheidigen wollen, und er hat seine, von dieser Ansicht völlig abweichende Meinung noch

neuerdings, nachdem Hr. Advokat Beschorner seinen Aufsatz an die Redaction des Archivs bereits abgesendet gehabt, ganz ausführlich in den Motiven zu der, so eben erschienenen zweiten Ausgabe seines Entwurfs ausgesprochen. Es ist unerläßlich, die einschlagenden Stellen der Motiven wörtlich zu geben:

„S. 222: Jedes Erkenntniß soll über einen processualischen Punkt oder eine bestimmte Proceßlage urtheilen. Es wird dabei vorausgesetzt, daß das abzuurtelnde Material vor der Ertheilung des Erkenntnisses vollständig beigebracht oder doch, daß zu dieser Beibringung den Parteien die nöthige Frist eingeräumt worden ist. Das Erkenntniß erscheint daher stets als der Schlußstein zu den Verhandlungen über einen bestimmten Punkt oder über eine bestimmte Proceßlage. Jedes Erkenntniß hat mithin schon deßhalb den Character der Präclusion, und diese Präclusion ist eine nothwendige Consequenz der Eventualmaxime, die zwar zunächst in einer Beschränkung der Parteithätigkeit sich äußert, jedoch indirect auch den Richter trifft. Nach dem Spruche des Erkenntnisses darf weder eine Partei zu ihrem Gunsten, noch der Richter an der Lage des abgeurtelten Punktes etwas ändern, sollte auch nicht bereits früher die Präclusion thatsächlicher Anführungen eingetreten sein. Hierauf bezieht sich die Bestimmung in §. 214 meines Entwurfs.

Schon diese Ansicht, daß jedes Erkenntniß als der Ausfluß der Eventualmaxime erscheine, leitet auf die Nothwendigkeit hin, daß jedes Erkenntniß von einem bestimmten Zeitpunkte ab unabänderlich sein müsse. Näher und dringender jedoch wird diese Nothwendigkeit in Folgendem nachgewiesen. Jedes Erkenntniß spricht sich endgiltig über den in ihm abgeurtelten Punkt aus, wäre auch dieser Punkt und das über ihn gegebene Urthel nur vorbereitend für die letzte Entscheidung über die Hauptsache, denn jedem Erkenntnisse ist die Aufgabe gestellt, einen nnter den Parteien streitig gewordenen Punkt, mag er die Hauptsache oder eine Nebensache betreffen, zur Erledigung zu bringen, diese Erledigung läßt sich

aber nicht denken, die dem Erkenntnisse gestellte Aufgabe läßt sich nicht lösen, wenn man nicht dem Erkenntnisse die Kraft der Endgiltigkeit beilegt. In diesem Sinne trägt daher auch das sogenannte interlocutorische Erkenntniß den Charakter des Definitiverkenntnisses an sich. Es folgt hieraus, daß dem interlocutorischen Erkenntnisse in gleicher Vollwichtigkeit der Character der Unabänderlichkeit beigelegt werden muß, wie er dem letzten Erkenntnisse über die Hauptsache unbestritten verliehen ist. Soll dem Interlocute dieser Character entzogen werden, so wird gegen die Natur des Erkenntnisses überhaupt verstoßen, es wird aber auch der einzige Unterschied zwischen dem Interlocute und dem einfachen Decrete, welches lediglich zum Zwecke der Proceßleitung bei unbestrittener Proceßlage gegeben wird, aufgehoben. Die Beseitigung dieses Unterschiedes, der oft in der Praxis von hoher Wichtigkeit ist, eben so oft aber auch von den Richtern nicht gefunden wird, scheint mir so schwer bedenklich, daß ich vielmehr die Feststellung dieses Unterschiedes für eine Aufgabe der Gesetzgebung gehalten und mich in §. 210, 211, verglichen mit §. 670 meines Entwurfs mit ihr beschäftigt habe. Für den Zweck der Proceßleitung bedient sich der Richter des einfachen Decrets, für die Erledigung von Streitpunkten, die unter den Parteien entstanden sind, ist das Erkenntniß vorhanden; entsteht Streit über die Art der Proceßleitung, so muß auch dieser durch ein Erkenntniß zur Endschaft gebracht werden. Diese letztere Wahrheit ist recht deutlich erkennbar an dem Beweisinterlocute, wo es noch für nöthig erachtet wird. Das Beweisinterlocut ist nämlich in der That ein Act der Proceßleitung, indem es bestimmt, welche der beiden Parteien zuerst das Beweisstadium zu betreten, also in dem Proceßgange vorzuschreiten habe. Dennoch kann dieser Act nicht durch ein einfaches Decret absolvirt werden, weil er zugleich, indem er die Art der Proceßleitung ausspricht, einen Streit unter den Parteien erledigt, den Streit nämlich über die Feststellung und Vertheilung der Beweislast. Dem Beweisinterlocute darf daher nimmer die Fähigkeit entzogen

sein, unabänderlich zu werden, um so weniger zwar, da das Beweisinterlokut stets als ein bedingtes Enderkenntniß in der Hauptsache erscheint, und wenn man dem unbedingten Enderkenntnisse in der Hauptsache den Character der Unabänderlichkeit nicht nehmen darf, wie dieß ausgemachten Rechtes ist, man eben so wenig, ohne des gröbsten Widerspruches mit sich selbst schuldig zu werden, das bedingte Enderkenntniß dieses Characters entblößen soll. Auch kann es nur zur Verschleifung des Prozeßganges führen und Mißtrauen gegen die Fähigkeit des Richters, sowie gegen die Nothwendigkeit und Nützlichkeit des Staffelzuges erzeugen, wenn man dem Richter, der jeden Streitpunkt, über welchen er urtheilen will, vorher reiflich nach allen Richtungen hin erwogen haben, seine Ueberzeugung über die Beurtheilung des Streitpunktes auf das Festeste in sich begründen und die einmal gefaßte Ueberzeugung niemals wieder verlassen, eben deshalb aber, wie schon die Römer es wußten [1]), über jeden Streitpunkt nur einmal urtheilen soll, — wenn man dem Richter gestatten will, seine interlocutorischen Erkenntnisse, insbesondere das vor Allen wichtigste, d. h. das Beweisinterlocut, beliebig zu ändern. —

Speciell an die Frage, ob das Beweisinterlocut den Charakter der Unabhängigkeit haben müsse, in gleicher Weise, wie jedes andere Erkenntniß, knüpft sich die Frage, ob das Beweisinterlocut überhaupt nothwendig, mit anderen Worten, ob

der Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse

noch ferner festzuhalten sei? Denn dieser Unterschied ist lediglich darin erkennbar, daß der ordentliche Prozeß durch das Beweisinterlocut in zwei Abschnitte zerlegt wird, von denen der erste zu Auseinandersetzung, der andere zu Bewahrheitung des Streitmaterials dient; wohingegen im summarischen Prozesse diese beiden Abschnitte nicht sichtbar von ein-

1) Quisque judex semel duntaxat judicat.

ander getrennt sind. Der neueste Vertheidiger des Beweisinterlocuts und folglich des Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse ist Plank.[1]) Seine Gegner sind Brackenhöft[2]) und Götz[3]) und, wie es scheint[4]), jetzt auch Mittermaier, der früher[5]) das Beweisinterlocut vertheidigte.

Ich selbst bin ein Gegner des Beweisinterlocuts und des Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse, ich kenne nur, wie die §§. 665. bis 671. meines Entwurfes in Verbindung mit den vorhergehenden Abschnitten zeigen, ein längeres und kürzeres Verfahren, je nachdem der Gegenstand und der Zweck des entstandenen Streites das Eine oder das Andere fordert, bei Beobachtung des längeren Verfahrens aber gestatte ich in der Regel eben so wenig die Ertheilung eines Beweisinterlocutes, wie bei der Befolgung des kürzeren Verfahrens; genau wie dieß in dem Code de proc. Frankreichs vorgeschrieben und in verbesserter Weise in dem Genfer Gesetze[6]), auch nach dem Muster dieses in dem Hannöverschen Entwurfe §. 92, 207. geordnet ist. Bloß ausnahmsweise, wenn nämlich das Gericht wegen der Umständlichkeit oder Verwicklung des Rechtsstreites nicht anders durchkommen kann, gestatte ich nach dem Ermessen des Gerichts die Ertheilung eines Beweisinterlocuts §. 269., in gleicher Weise, wie das Genfer Gesetz, so daß, wenn noch ferner von dem Unterschiede zwischen ordentlichem und summarischem Prozesse gesprochen werden soll, man sagen könnte, ich habe die bisherige Ordnung der Dinge umgedreht, ich habe den summarischen Prozeß zur Regel, den ordentlichen dagegen zur Ausnahme gemacht. Nunmehr meine Rechtfertigung.

---

1) Die Lehre von den Beweisurtheilen, Greifswalde 1848. S. 228 ff.

2) Archiv f. c. P., Bd. 28. S. 206 ff.

3) Archiv f. c. P., Bd. 6. S. 161 ff.

4) Archiv f. c. P., Bd. 33. Heft 1. S. 123 f.

5) Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, Beitr. 2. Bonn, 1827. S. 142 ff.

6) Mittermaier, Archiv f. c. P., Bd. 33. Heft 1. S. 123.

Die Vertheidiger des Beweisinterlocuts und des Unterschiedes zwischen zwei Abschnitten des ordentlichen Prozesses bekennen selbst, daß sie nicht auf das Vorhandensein einer inneren Nothwendigkeit, sondern bloß auf einen historischen Grund sich stützen können.[1]) Dieser historische Grund ist nicht stichhaltig, er ist ein Erzeugniß des Satzes der Historik, jener unhaltbaren, zugleich aber auch verderblichen Philosophie, daß das einmal Gewesene auch gut sei und festgehalten werden müsse.

Der in Teutschland vor der Einwanderung des canonischen und römischen Rechts üblich gewesene Prozeßgang zerfiel, ohne Rücksicht auf den Gegenstand oder den Zweck des Rechtsstreites, in jene zwei Abschnitte der Feststellung und der Bewahrheitung des Streitsatzes, die durch das Beweisinterlocut getrennt wurden. Das fremde Recht, welches den Begriff des Beweisinterlocuts nicht kennt[2]), vermochte nicht diese Schwerfälligkeit des altteutschen Prozesses ganz zu beseitigen. Nur bei den Reichsgerichten drang es vollkommen durch, so daß diese ein Beweisinterlocut niemals ertheilten[3]); die Landgerichte ließen bloß davon sich überzeugen, daß ihre schwerfällige Rechtsform nicht auf diejenigen Streitigkeiten passe, die schleunige Erledigung oder wegen der Geringfügigkeit ihres Gegenstandes Sparung der Kosten verlangten. Auf diese Weise bildete sich erst mit der Einwanderung des fremden Rechts der vorher nicht gekannte Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse. Der Unterschied ist überflüssig; mit Recht nimmt die Gesetzgebung Bedacht auf dessen Beseitigung.

Es ist anzunehmen, daß jede Partei, bevor sie an einem Rechtsstreite sich betheiligt, zu diesem gehörig sich vorbereitet, daß sie, so weit nöthig unter Beihilfe eines Rechtsverständigen, über das thatsächliche Streitmaterial und über die

1) Plank, a. a. O. S. 232 ff.

2) Linde, in seiner Zeitschrift Bd. 4. S. 489. Bd. 11. S. 233. 257.

3) Pütter, epitome processus imperii, ed 11. Goettingae, 1769. §. 93. squ.

einschlagenden Rechtssätze sich unterrichtet, die Beweisfrage eventuell sich gebildet, die Möglichkeit, daß sie zur Beweisführung werde angehalten werden, sich vorgeführt und nach den erforderlichen Beweismitteln sich umgesehen habe, daß sie folglich in dem Augenblicke, wo die Antretung des Beweises in dem Rechtstreite erforderlich wird, hierzu auch gefaßt sei. Es bedarf also präsumtiv keiner Bevormundung der Partei oder deren Anwalts, in der Art, daß der Richter denselben den Zeitpunkt, wo die Bewahrheitung der streitigen Thatsachen erforderlich werde, und den Umfang der Sätze, die bewiesen werden müssen, anzuzeigen habe. Die bisherige Gesetzgebung des teutschen Prozesses und die bisherige Praxis hat auch in Betreff der sogenannten summarischen Sachen diese Präsumtion anerkannt; dagegen verwirft sie dieselbe in Betreff der bisher in den ordentlichen Proceß verwiesenen Streitigkeiten. Zu Rechtfertigung dieses Unterschiedes hat man auf die Eintheilung der Streitigkeiten in bedeutende und unbedeutende, in große und kleine sich berufen; indeß ist diese Eintheilung unvollkommen und nutzlos, denn die Erfahrung lehrt, daß der Begriff einer bedeutenden und einer unbedeutenden Angelegenheit nach der Gestaltung der Verhältnisse in dem einzelnen Falle sich richtet, nicht dagegen von vorn hinein durch das Gesetz festgestellt werden kann, daß dieselbe Angelegenheit dem Einen höchst wichtig, dem Andern dagegen höchst geringfügig erscheint, daß endlich oftmals eine summarische Rechtssache in ihrer Behandlung größere Schwierigkeiten darbietet, als ein in dem ordentlichen Prozesse geführter Streit. [1]) Auch ist es inconsequent, wenn das bisherige Recht die Parteien und Anwälte bei der Frage um Uebernahme der Beweislast im ordentlichen Processe bevormundet wissen will, und dagegen eine Bevormundung desselben in allen anderen Situationen des ordentlichen Prozesses, die von gleicher oder sogar höherer Wichtigkeit sind, z. B. in dem Falle, wo

1) Fr. Bellot, loi sur la procedure civile du Canton de Geneve, par Schaub, Odier et Mallet. Paris 1837. p. 55.

eine Partei in Folge vorhergegangener Provokation zu Anfertigung einer schlüssigen Klage bei Verlust ihres Rechts gezwungen ist [1]), nicht für nothwendig erachtet. Sodann finde ich in der, durch die Ertheilung eines Beweisinterlocutes geübten Bevormundung der Parteien eine Verletzung der Verhandlungsmaxime [2]), die der Prozeßgesetzgebung der Gegenwart nach den gleichmäßigen Bestrebungen aller teutschen Staaten zu Grunde gelegt wird, und eine Verletzung der Aufgabe der jetzigen Gesetzgebung selbst, die ein Rechtsleben schaffen soll, in welchem ein Jeder im Volke ohne fremde Hilfe, gestützt nur auf die eigene Kraft, sicher zu wandeln vermöge."

Mit diesen Hinweisungen auf vorhandene Thatsachen ist die Behauptung des Hrn. Adv. Beschorner, daß der Verfasser gleicher Meinung mit ihm sei über seinen Gegenstand, vollkommen beseitigt. Indeß kann diese Beseitigung weil, deren Natur mehr individueller Art ist, nicht ausschließlich der Gegenstand des jetzigen Aufsatzes sein; vielmehr findet der Verfasser in derselben, die doch nicht hat umgangen werden können, den Anlaß, die Frage über die Nothwendigkeit oder Unnöthigkeit der Rechtskraft des Beweisinterlocuts nochmals, und zwar mit besonderer Beziehung auf den Aufsatz des Hrn. Adv. Beschorner, kurz zu prüfen.

Zu der neusten Literatur über die Frage, die Herr Beschorner S. 194 angezeigt hat, trägt der Verfasser noch nach: Brackenhöft im Archiv Bd. 28. 206. S. 206 ff. v. Pape, daselbst, Bd. 30. S. 107 ff. Mittermaier, daselbst, Bd. 33. S. 123 ff. Rauter, cours de procedure civile française, Paris et Strassbourg, 1834. p. 280. not. d.

Brackenhöft, von Pape und Mittermaier wollen (gegen Planck) den Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Civilprozesse fallen lassen; Rauter berichtet, daß nach französischem Rechte dieser Unterschied auch

---

1) Höpfner, Beiträge zur civilger. Praxis. Bd. 1. S. 50 ff.

2) Vergl. W. H. Puchta, über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung Baierns, Erlangen 1826. S. 22.

fehle, daß aber, gegen die etwa vorkommenden Interlocute eine Appellation nicht zulässig sei, weil sie nicht als Erkenntnisse angesehen werden.

Die neue Gesetzgebung ist folgende:

Der Hannöversche Entwurf vom 15. Januar 1850. §. 215 ff. kennt das Beweisinterlocut, nimmt ihm aber die Rechtskraft.

Der Hamburger Entwurf vom Jahr 1849. Artikel 25 und 41 ff. kennt das Beweisinterlocut als Regel und dessen Rechtskraft.

Der Entwurf des Kanton St. Gallen vom Jahr 1847. Motiven S. IX ff. Artikel 187 ff. kennt den Unterschied zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse nicht, läßt aber Interlocute zu, auch, wenn die Parteien es begehren, das Beweisinterlocut, und läßt jedes Interlocut rechtskräftig werden.

Der Entwurf der Stadt Basel v. Jahr 1848. §. 112. 113. 114. 181. 194. 195. unterscheidet auch nicht zwischen dem ordentlichen und summarischen Prozesse, läßt aber Interlocute zu, auch nach dem Ermessen des Richters das Beweisinterlocut, gestattet jedoch nicht die Appellation gegen die Interlocute.

Die Braunschweiger Civilproceßordnung vom 19. März 1850. §. 97. 105. 146 ff. 170 ff., namentlich §. 188. §. 205. 220 ff. 332 ff.. auch Motiven S. 4. Er stimmt mit dem Baseler Entwurfe überein, gestattet jedoch die Appellationen wider die Interlocute.

Wer es weiß, wie oft unter den Parteien, und sogar unter den Richtern, darüber gestritten wird, ob in einem gegebenen Falle nur ein einfaches richterliches Decret zu urtheilen oder ein wirkliches Erkenntniß zu fällen und bekannt zu machen sei, der wird schon zu dem, an sich höchst wichtigen Zwecke, daß dieser Zwist endlich Erledigung finde und nicht ferner zu Verschleifung der Prozesse diene, die Feststellung der Fälle, in welchen das einfache Dekret genüge, und in welchen das förmliche Erkenntniß nöthig werde, für uner-

läßlich erachten. Das Unterſcheidungszeichen hierbei kann bloß in Beantwortung der Frage liegen, ob der Richter, entweder auf den einſeitigen Antrag der einen Partei oder auf das gemeinſame Verlangen beider Parteien, nur eine prozeßleitende Verfügung zu treffen oder einen, zwiſchen den Parteien ſtreitig gewordenen Punkt zur Erledigung zu bringen hat. In dem erſten Falle hat der Richter ſtets ein einfaches Dekret zu geben, in dem andern Falle dagegen, betreffe nun der ſtreitige Punkt das materielle Recht der Parteien oder das formelle, namentlich auch eine prozeßleitende Verfügung des Richters, worüber die Parteien unter einander uneinig geworden ſind, muß ein Erkenntniß gegeben werden. In dem erſten Falle kann das audiatur et altera pars angewendet werden, in dem anderen Falle dagegen muß es angewendet werden, von dieſem Falle gilt die Parömie, die über vielen Rathhäuſern teutſcher Städte geſchrieben ſteht:

Eines Mannes Red' iſt eine halbe Red',
Du ſollt die Part erhören Beed!

Die Lage des einzelnen Prozeſſes kann ſchnell ſich ändern, ſo daß dem Prozeßgange plötzlich eine andere Richtung durch den Richter gegeben werden muß, als dieſer vorher beſtimmt hatte; auch ſteht die Beobachtung der Formen des eröffneten Prozeſſes, auf welche allein die einfache Prozeßleitung ſich bezieht, lediglich zur Verfügung des Richters, ſo bald nicht zu Gunſten der einen oder andern Partei durch das Geſetz oder durch ein richterliches Erkenntniß Präkluſivfriſten vorgezeichnet ſind. Hierin iſt es begründet, daß derſelbe Richter über einen und denſelben, die Prozeßleitung betreffenden Punkt ſeine Anſicht ändern und hinter einander die verſchiedenſten, vielleicht ſogar ſchroff ſich ſtoßenden prozeßleitenden Verfügungen treffen kann, ohne daß aus einer ſolchen Variation eine, den Kenntniſſen und der Erfahrung dieſes Richters nachtheilige Beurtheilung mit Nothwendigkeit hervorgeht. Ganz anders dagegen verhält es ſich mit der Thätigkeit des Richters in dem Falle, wo er ein förmliches Erkenntniß zu geben hat. Ohne Unterſchied, ob die Prozeßge-

ſetzgebung, welche der Richter zur Richtſchnur ſeiner Thätigkeit zu nehmen hat, von dem Prinzipe der Verhandlung oder der Unterſuchung oder Inſtruktion, wenn man die letztern Beiden als verſchieden von einander ſich noch denken will, regiert wird, ohne Unterſchied auch, ob es um das Erkenntniß, welches den Schlußſtein des ganzen Prozeſſes bildet, oder nur um die, dieſes Erkenntniß vorbereitende Erledigung eines ſtreitigen Punktes ſich handelt, ſetzt der Fall, wo der Richter ein Erkenntniß geben ſoll, voraus, daß die Akten geſchloſſen ſind über den zu entſcheidenden Punkt. Der Richter hat alſo in ſeinen Akten den ganzen thatſächlichen Theil dieſes Punktes vor ſich, ſei es nun, daß wirklich mit vollſter Erſchöpfung die Thatſachen von den Parteien oder auch von dem Richter, nämlich dem Unterſuchungs- oder Inſtruktionsrichter, zu den Akten gebracht worden ſind, oder daß auf Grund des eingetretenen Verſäumniſſes der Parteien angenommen werden muß, es habe ein Mehreres an Thatſachen nicht beſchafft werden können oder wollen. Der Richter ſammelt die gegebenen Thatſachen in ſeinem Gedächtniſſe, und an dieſe rein mechaniſche Prozedur knüpft ſich ſodann die pſychiſche der Unterſtellung des Aggregats der geſammelten Thatſachen unter die Rechtsanſicht. Der Richter ſoll nun bei der Sammlung der Thatſachen gewiſſenhaft zu Werke gehen, er ſoll die Thatſachen alle, die vorhanden ſind und wie ſie vorhanden ſind, zuſammenfaſſen, er ſoll auch das geltende Recht kennen, unter welches die geſammelten Thatſachen geſtellt werden müſſen, er ſoll über das geltende Recht eine feſte, unwandelbare Ueberzeugung gewonnen haben. Von dieſem Ideale richterlicher Thätigkeit muß die Prozeßgeſetzgebung ausgehen, ſoll nicht die Rechtspflege flexibel ſein, wie eine wächſerne Naſe, und darum ſteht von Alters her feſt bei allem Volke ohne Ausnahme, daß jeder Richter nur einmal ſein Urtheil über einen und denſelben Streitpunkt abgeben dürfe. Das Ideal wird aber nicht erreicht, wie überhaupt nimmer ein Ideal in dieſem raumbeſchränkten Erdenwallen, und ſo muß ein, dieſem Ideal nahe zuführendes

Mittel gegeben sein, dieß Mittel aber ist, soll nicht Ungerechtigkeit die Stelle einnehmen der Gerechtigkeit, nimmer zu entbehren, und findet sich nur in der Devolution desselben Streitpunktes in unveränderter Lage der Thatsachen zu einem zweiten oder dritten Richter, damit auch dieser das geltende Recht, nach der Auffassung, die er von demselben gewonnen hat, auf die Thatsachen anwende. Will man diese Basis des Rechtslebens vor dem Civilrichter vernichten, so schwebt die Rechtspflege in jedem einzelnen Falle ungehalten in der Luft, und Preis gegeben dem Winde, der sie nach der einen oder andern Seite wende oder zur Erde stürze und zertrümmere über Kurz oder Lang. Diese Wahrheit wird auch von Niemanden verkannt, insbesondere nicht von Denen, welche das Beweisinterlocut nicht wollen rechtskräftig werden lassen, wie dieß Herr Beschorner will.

Es steifen sich die Gegner der Rechtskraft des Beweisinterlocuts, wenn man absieht von den Historikern, unter ihnen Plank, die in den oben mitgetheilten Worten der Motiven zu dem Entwurfe des Verfassers widerlegt worden sind, auf die Behauptung, daß durch die Rechtskraft des Beweisinterlocutes das Prinzip der Verhandlung und der Eventualität verletzt werde, und auf sogenannte Nützlichkeitsgründe. Das Prinzip der Verhandlung ist im Allgemeinen darin erkennbar, daß das Gericht von den Anträgen der Parteien, so weit sie auf thatsächlichen Behauptungen beruhen, abhängig ist. Diese Abhängigkeit entspricht dem Befugnisse des Einzelnen, selbstständig über sein Vermögen zu verfügen, und zeigt sich in folgender Art:

a) Das Gericht darf nicht eher thätig werden, als bis es dazu von dem Betheiligten aufgefordert wird.

b) Ist das Gericht zur Thätigkeit aufgefordert, so darf es über die von den Betheiligten gestellten Anträge und gebrachten Beweise nicht hinausgehen, das Gericht darf diese in thatsächlicher Hinsicht nicht ergänzen.

c) Das Gericht darf bei der Faßung einer Verfügung nur diejenigen Thatsachen benutzen, deren Kunde durch

die Betheiligten zu den Gerichtsakten gebracht worden iſt.

Das Prinzip der Eventualität liegt in folgenden Sätzen:

Stehen einer Partei zur Verfolgung oder Vertheidigung eines Anſpruchs mehrere Mittel zu Gebote, ſo kann ſie dieſelben alle nebeneinander in dem Rechtsſtreite zur Anwendung bringen, wenn gleich ſchon Eines allein hinreichend ſein würde, den Zweck der Partei herbeizuführen.

Dieſe mehrere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel dürfen ſich nicht gegenſeitig aufheben, und nicht eine Verhandlung in verſchiedenen Prozeßarten erheiſchen.

Die mehrere Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche eine Partei bei einem Rechtsſtreite anwenden will, müſſen von ihr gleichzeitig, und zwar zu derjenigen Zeit vorgebracht werden, welche dazu von dem Geſetze in den einzelnen Fällen beſtimmt ſind, die ſpäter vorgebrachten werden bei der Fortführung des Streites in der Regel nicht beachtet.

Ueber die in einem Prozeſſe vorgebrachten mehreren Angriffs- oder Vertheidigungsmittel hat das Gericht in der Regel gleichzeitig Verfügung zu faſſen.[1])

Beide Prinzipe gehen mit einander Hand in Hand, ſie ſind, wie überhaupt die ganze Prozeßführung an Zeit und Raum gebunden; welche Thatſachen von der Partei nicht zur rechten Zeit vorgebracht worden ſind, die ſind für den jetzigen Rechtsſtreit verloren. Eben deshalb läßt ſich wohl ſagen, daß diejenige Prozeßgeſetzgebung, welche die zwei Stadien des ordentlichen Prozeſſes, das nämlich der erſten Disceptation und das der Probation nicht trennt, die vielmehr die Gleichzeitigkeit des Vorbringens und die Beweisführung der Thatſachen erheiſcht, die alſo das Vorbringen von Thatſachen und die Beweisführung bis zum Enderkenntniß zuläßt, dem Principe der Verhandlung und Eventualität eine bei weitem umfänglichere Ausdehnung gibt, als diejenige Prozeßgeſetzgebung, welche den Unterſchied jener zwei Stadien noch feſthält und mit-

1) Vergl. den Entwurf des Verfaſſers §. 258. 317 ff. 380.

hin für das Vorbringen der Thatsachen einen bestimmten Präklusionspunkt, den Schluß des ersten Verfahrens nämlich, und für die Beweisführung einen bestimmten Schlußpunkt, den Ablauf der Beweisfrist nämlich, feststellt. Vergleiche die Motiven zu dem Entwurfe des Verfassers S. 231. Nimmermehr dagegen kann, wie Herr Beschorner dieß thut, mit Grund Rechtens vertheidigt werden, daß die Rechtskraft des Beweisinterlocuts eine Verletzung des Prinzips der Verhandlung und Eventualität mit sich führe. Denn wenn auch der Eintritt der Rechtskraft von dem Gesetze auf einen bestimmten Zeitpunkt festgesetzt ist, so regelt doch dieser Zeitpunkt nur die Präklusion der Rechtsmittel gegen das Erkenntniß, nicht dagegen die Präklusion der, in der Instanz a qua zur Instruktion des Prozesses vorzubringen gewesenen Thatsachen, vielmehr ist diese letztere Präklusion schon im Augenblicke, wo das Erkenntniß bekannt gemacht wird, eingetreten. Es findet dieß Verhältniß in gleicher Weise bei den definitiven Erkenntnissen statt, wie bei den interlocutorischen; wenn mithin Herr Beschorner eine Verletzung des Prinzips der Verhandlung und der Eventualität in der Rechtskraft des Beweisinterlocutes findet, so muß er folgerichtig sie auch in der Rechtskraft des Definitiverkenntnisses finden, seine Behauptung beweist demnach zuviel d. h., nach dem bekannten Grundsatze der Logik: Nichts.

Die Nützlichkeitsgründe, mit denen die Gegner der Rechtskraft des Beweisinterlocuts ihre Meinung unterstützen, sollen angeblich zugleich beweisen, wie sehr die Vertheidiger dieser Rechtskraft sich im Unrechte befinden; sie gehen aus einer Paralele hervor.

So sagt man, wie durch die Rechtskraft des Beweisinterlocutes das Verhandlungs- und Eventualitätsprinzip beengt werde, so erfahre dieses dagegen durch die Beseitigung dieser Rechtskraft eine Ausdehnung. Nun haben wir aber gezeigt, daß eine Beengung des Verhandlungs- und Eventualitätsprinzips zwar durch die Spaltung des ordentlichen Prozesses in zwei Stadien, nicht dagegen erst durch die Rechts-

kraft des Beweisinterlocuts herbeigeführt wird, es kann daher auch folgerichtig eine Ausdehnung dieses Prinzips nicht erst durch den Wegfall der Rechtskraft des Beweisinterlocutes, sie muß vielmehr schon durch den Wegfall des Beweisinterlocutes selbst, dessen Existenz allein jene Theilung in zwei Stadien begründet, veranlaßt werden.

Dann sagt man, die Annahme der Rechtskraft des Beweisinterlocutes begünstige das formelle Recht zum Nachtheile des materiellen Rechts, wohingegen durch den Wegfall jener Rechtskraft das materielle Recht höher gestellt werde, als das formelle, indem die Lehre von der Beweislast, also die Frage, wer in dem einzelnen gegebenen Falle zu beweisen verbindlich sei und was bewiesen werden müsse, sehr zweifelhaft sei, und daher die Parteien die in dieser Beziehung während des Disceptationsverfahrens begangenen Irrthümer und Verstöße in dem, demnächst ohne den Dazwischentritt eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts sich anschließenden Beweisverfahren, wo die Parteien den Stand des Rechtsstreites nochmals in reifliche Erwägung brächten, zum Vortheile des materiellen Rechts beseitigen könnten. Gegen diesen zweiten Nützlichkeitsgrund ist aber einzuhalten, daß er lediglich ein Ausfluß des ersten ist, und folglich gleich diesem selbst für den Wegfall des Beweisinterlocutes spricht. Auch darin soll, wie Herr Beschorner S. 184 sagt, eine Schmälerung des materiellen Rechts durch die Rechtskraft des Beweisinterlocutes erkennbar sein, daß wenn die Parteien ein, die thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Streites nicht passendes Beweisinterlocut haben rechtskräftig werden lassen, das Interlocut zum Nachtheile des materiellen Rechtes fernerhin maßgebend für die Beendigung des Streites sein muß. Dieser Uebelstand kann bei dem Definitiverkenntnisse eben so oft vorkommen, wie bei dem Beweisinterlocute, Herr Beschorner beweist also auch hier zu viel, und dann ist dieser Uebelstand weniger die Folge der, dem Beweisinterlocute verliehenen Fähigkeit, rechtskräftig zu werden, als die Folge des Versäumnisses an rechtzeitiger Einwendung eines Rechtsmittels.

Weiter sagt man, durch die Annahme der Rechtskraft des Beweisinterlocutes werde die Zahl der Rechtsmittel wider die Erkenntnisse in einem gegebenen Pronzesse vermehrt, also der Prozeß verschleift, wohingegen bei dem Wegfalle dieser Rechtskraft eine Verminderung der Rechtsmittel eintrete. Es läßt sich nun nicht leugnen, daß durch die Annahme der Rechtskraft des Beweisinterlocutes eine numerische Vermehrung der Rechtsmittel veranlaßt wird; indeß dürfte die Frage, ob durch diese numerische Vermehrung der Rechtsmittel wirklich eine Verschleifung des Prozesses hervorgerufen werde, wohl verneint werden müssen, wenn man die Vortheile erwägt, die durch diese Vermehrung der Rechtsmittel für das materielle Recht gewonnen werden. Das Beweisinterlocut ist ein bedingtes Definitiverkenntniß, zwar nicht in dem, von Herrn Beschorner S. 178 angenommenen Sinne, weil das Interlocut nicht bloß die Beweislast feststelle, sondern auch über die Zulässigkeit der Klage sich ausspreche, jedoch in der Weise, daß der Richter in dem Beweisinterlocute indirekt oder wohl auch direkt erklärt, er verurtheile den Beklagten, dafern der Kläger den thatsächlichen Grund seiner Klage oder Replik beweise, oder er spreche den Beklagten von der Klage los, dafern derselbe den thatsächlichen Grund seiner zerstörlichen Ausflucht oder Duplik darthue; und das spätere reine Definitiverkenntniß hat blos noch darüber sich auszusprechen, ob die, den Parteien in dem Beweisinterlocute gestellte Bedingung erfüllt, also ob der Beweis erbracht sei oder nicht. Jedes dieser beiden Erkenntnisse absolvirt also einen der beiden, zu endlicher Beseitigung des ganzen Rechtsstreites durch richterliche Entscheidung unerläßlich nothwendigen Theile, beide Erkenntnisse sind mithin von gleich großer Wichtigkeit, und wenn nun einmal der Gesetzgeber die Ueberzeugung gewonnen hat, daß beide Erkenntnisse zum Frommen der einzelnen Prozeßführung sichtbar von einander geschieden sein müssen, so kann auch, ohne die empfindlichste Schmälerung des materiellen Rechts, die wiederholte Erwägung der Entscheidung des einen, wie des andern Erkenntnisses im Wege des In-

ſtanzenzugs nicht ausbleiben. Dieſe wiederholte Erwägung aber iſt wegen ihrer ſegensreichen Folgen für das materielle Recht viel höher anzuſchlagen, als der, durch die Vermehrung der Rechtsmittel herbeigeführte Verluſt an Zeit und Geld. Die weitere Verfolgung der Frage, ob durch die Annahme der Rechtskraft des Beweisinterlocutes, weil eine numeriſche Vermehrung von Rechtsmitteln, auch eine Verſchleifung des Prozeſſes veranlaßt werde, können wir nach dem Zwecke des gegenwärtigen Aufſatzes auf ſich beruhen laſſen, da dieſelbe bloß in dem Falle bis zur völligen Erſchöpfung nothwendig ſein würde, wenn es um den gänzlichen Wegfall des Beweisinterlocutes ſich handelte. Nicht aber dieſen Wegfall verlangen unſre Gegner — ſie würden auch, verlangten ſie ihn, aufhören, unſre Gegner zu ſein — vielmehr fordern ſie ein Beweisinterlocut, jedoch kein ſolches, das Rechtskraft erreichen kann. Sie wollen alſo die Beweislaſt im ordentlichen Prozeſſe durch ein einfaches, prozeßleitendes, Dekret feſtgeſtellt ſehen. [1]) Halten ſie feſt an der Natur des prozeßleitenden Dekrets, ſo müſſen ſie dem Richter geſtatten, daß er ſein Dekret, findet er es nicht paſſend, ſelbſt ändere und, wenn es ſein muß, wiederholt ändere, und mithin führt die Meinung unſrer Gegner viel eher, denn die Annahme einer Rechtskraft des Beweisinterlocuts, zu einer Verſchleifung des Prozeſſes. Freilich ſuchen ſie, wie das Churheſſiſche Geſetz vom Jahr 1834, der Preußiſche Entwurf vom Jahr 1848 und der Concipient deſſelben Dr. Koch, nach dieſen aber auch Herr Beſchorner thut, von der Beſchuldigung, ihre Meinung führe zur Verſchleifung des Prozeſſes, durch den Vorſchlag ſich zu retten, daß das, die Beweislaſt beſtimmende prozeßleitende Dekret für den Richter unabänderlich, für die Parteien dagegen rechtsunverbindlich ſei, daß mithin die Parteien bei der Beweisführung über die, in dem Dekrete enthaltene Beweisvorſchrift hinausgehen, ihren Beweis ſogar auf etwas ganz Anderes, als ihnen in dem Dekrete zu be-

1) S. Herr Beſchorner S. 177.

weisen vorgezeichnet worden ist, richten können, und daß der Richter, welcher dereinst die Definitiventscheidung giebt, bei dieser auf die, von den Parteien beliebte Beiseitesetzung oder Ueberschreitung des Beweisdekrets eingehen müsse. Und sie meinen, ihrem Vorschlage dadurch die Krone des Triumpfes aufzusetzen, daß sie sagen, es könne der Richter oberer Instanz, an welchen die Sache durch Einwendung eines Rechtsmittels gegen das Definitiverkenntniß zur Entscheidung gelange, anstatt einer definitiven Entscheidung anderweit ein Beweisinterlocut sprechen, welches alsbald mit der Publikation unabänderlich, also rechtskräftig werde.[1]) Doch will uns dieser Vorschlag recht eigentlich zu Verschleifung des Prozesses passend scheinen. Denn zu Folge desselben, soll noch nach der, von dem Richter der untern Instanz ertheilten Definitiventscheidung ein interlocutorisches Erkenntniß möglich sein, durch welches ein weiter Rückgriff in den Gang des Prozesses veranlaßt wird, der offenbar neue Opfer an Zeit und Geld die Parteien kostet. Dann will uns der Vorschlag auch an innerlichen, sehr wesentlichen Widersprüchen zu leiden scheinen. Denn es entsteht ein sehr unnatürliches, auch der Geschichte der Prozeßgesetzgebung völlig unbekanntes Verhältniß, wenn man die eine Hauptperson des Rechtsstreites, den Richter nämlich, durch eine richterliche Verfügung alsbald in dem Augenblicke, wo diese erscheint, und dagegen die zweite und dritte Hauptperson, den Kläger nämlich und den Beklagten, durch dieselbe Verfügung zu keiner Zeit fesseln lassen will. Auch ist es gar nicht wahr, daß das, von unsern Gegnern vorgeschlagene Beweisdekret des untern Richters für diesen verbindlich sei, denn unsre Gegner sagen ausdrücklich, daß der untern Richter bei der Definitiventscheidung die, von den Parteien beliebte Beiseitesetzung oder Ueberschreitung seines Beweisdekretes beachten, daß er also selbst sein Beweisdekret bei Seite setzen müsse. In dieser Erklärung unsrer Gegner liegt zugleich deren Anerkenntniß, daß der Richter

1) S. Herr Beschorner S. 190 f. 193. 196.

die Definitiventscheidung nach der Lage des Rechtsstreites und ohne Rücksicht auf die, in seinem Beweisdekrete enthaltenen Vorschriften, zu ertheilen haben, daß es also völlig gleichgiltig sei, ob das Beweisdekret so oder anders, ob mithin überhaupt ein Beweisdekret gegeben worden sei. Und in der That spricht sich Herr Beschorner S. 199. und 103. im Einklang hiermit dahin aus, daß den Parteien überlassen sein müsse, die Beweislast und das Beweisthema selbstständig aufzufinden. [1]) Endlich liegt in dem Vorschlage unsrer Gegner ein innerer Widerspruch, und zwar von hoher Eminenz, in so fern, als dieselben eine Rechtskraft für das, von dem untern Richter ertheilte Beweisdekret gar nicht gestatten, eine Rechtskraft für das, von dem obern Richter gegebene Beweisdekret aber alsbald mit der Publikation desselben eintreten lassen wollen: freilich in beiden Fällen eine Inappellabilität, aber von höchst verschiedener Natur.

Haben wir im Vorstehenden alle Hauptmomente besprochen, die Herr Beschorner für seine Bekämpfung der Rechtskraft des Beweisinterlocutes und gegen die Vertheidiger dieser Rechtskraft vorgebracht hat, so bleiben uns nur noch wenige Bemerkungen zurück über die, von Herrn Beschorner nebenbei vorgeschlagenen Verbesserungen des Civilprozesses. Er will Oeffentlichkeit, Mündlichkeit, des Richters Fragrecht, Gleichzeitigkeit der Beweisführung mit dem Anführen der Thatsachen, Bestrafung der muthwillig leugnenden Parteien, endlich das beneficium novorum, nicht bloß in der Beschränkung auf neu entstandene Thatsachen, sondern in der Ausdehnung auf alte, jedoch der Partei zur Zeit, wo sie nach der Vorschrift der Gesetze anzuführen gewesen wären, unbekannt gewesene Thatsachen. S. die Zusammenstellung S. 191. Das beneficium novorum, wird es nicht beschränkt auf die

1) Diesen Ausspruch verwandelt Herr Beschorner S. 209. in den entgegengesetzten, dahin lautend, daß die Findung des Beweissatzes den Parteien allein nicht zu überlassen sei, und zwar: weil der Beweis für den Richter geführt werde. An dieser Stelle soll der umgewandelte Ausspruch zur Bekämpfung unsrer Ansicht dienen.

wirklich erst nach der Zeit, wo zu Folge des Eventualitätsprinzips die Angriffs- und Vertheidigungsmittel in der Regel bei Verlust vorgebracht werden müssen, entstandenen Thatsachen, ist durchaus nicht zu billigen, denn es verstößt wider das Prinzip der Eventualität, öffnet der prozessualischen Chicane freien Spielraum, führt zu lästiger Vermehrung der Eide, nämlich der Restitutionseide, und verleitet möglicher Weise zu Leistung falscher oder doch leichtsinniger Eide; gegen diese Uebelstände aber ist der Vortheil, welchen das beneficium in einem einzelnen Falle zum Schutze des materiellen Rechts gewährt, äußerst gering. Wir haben daher das beneficium in unserm Entwurfe beseitigt; vergleiche insbesondere §. 843.

Mit den übrigen von Herrn Beschorner vorgeschlagenen Verbesserungen des Civilprozesses sind wir einverstanden; wir haben sie auch in unserm Entwurfe geltend gemacht. Doch sind sie insgesammt nicht geeignet, die Fähigkeit des Beweisinterlocutes zu Beschreitung der Rechtskraft zu beseitigen, wie Herr Beschorner S. 198. meint, sie werden aber zu Beschleunigung der Prozesse, insbesondere zu Verminderung der Zahl der Beweisinterlocute, wie letzteres von Koch an der, S. 191. Note 4. citirten Stelle gesagt ist, und zu sichererm Schutze des materiellen Rechts dienen. Auch bemerken wir, daß wenn Herr Beschorner die Gleichzeitigkeit der Beweisführung und des Vorbringens der Thatsachen empfiehlt, diese Empfehlung diametrisch mit seinem Vorschlage sich stößt, nach welchem noch ferner einen ordentlichen Prozeß als Regel es geben, und das Beweisstadium durch ein prozeßleitendes Dekret eröffnet werden soll. Sodann sind wir mit Herrn Beschorner nicht über die Bedeutung einverstanden, die derselbe dem richterlichen Fragrechte gibt. Nach S. 187 ff. 191. 198. betrachtet er das Fragrecht als eine Annäherung an die Untersuchungsmarime und will es zu Belehrung der Parteien über die passende Konstruktion ihrer Anträge verwendet wissen. Diese Ansicht erscheint uns eben so unrichtig, wie gefährlich. Das richterliche Fragrecht muß, um richtig

beurtheilt zu sein, unmittelbar an das Prinzip der Verhandlung angeschlossen werden. Dasselbe erscheint dann als die Folge der Abhängigkeit des Gerichts von den Anträgen der Parteien und zeigt sich als das Recht und die Verpflichtung, die Anträge der Parteien, die in ihrer vollen Bedeutung nach der Vorschrift der Gesetze ausgeführt werden müssen, in dieser Bedeutung, also richtig, aufzufassen. Wir haben die ausführlichsten Bestimmungen hierüber in unserm Entwurfe §. 259 ff. getroffen.

Herr Beschorner macht bei Gelegenheit seiner Vorschläge dem sächsischen Civilprozesse zwei Vorwürfe. Wir sind keine Lobredner des sächsischen Civilprozesses; allein wir müssen sagen, daß die sächsische Civilprozeßordnung vom Jahr 1622 und deren Zusätze, die sogenannte erläuterte Prozeßordnung vom Jahr 1724, wahre Mustergesetze sind, daß jede Paragraphe derselben, jede Zeile, jedes Wort Significanz hat und den eminenten Beruf der Concipienten dieser Gesetze zur Legislation bekundet. Diese Wahrheit ist wiederholt von den Rechtsgelehrten ausgesprochen und in der Praxis anerkannt, auch, was die Prozeßordnung vom J. 1622 betrifft, durch die wörtliche Aufnahme der meisten Bestimmungen derselben in den jüngsten Reichsabschied vom Jahr 1654, so wie durch den Umstand, daß dieselbe dem Prozeßrechte aller Lande des sächsischen Rechts zur Grundlage gedient hat, auf das Beste bewährt worden. Es wird daher diese Wahrheit nicht noch besonders dargethan werden müssen. Nun bestimmt die erläuterte Prozeßordnung Tit. V. §. 4. in der, S. 178 f. von Herrn Beschorner citirten Stelle, daß wenn durch das rechtskräftig gewordene Beweisinterlocut eine, an sich unschlüssige Klage aufrecht erhalten, und auf Beweis erkannt worden ist, die spätere Erkenntnisse, insbesondere das Definitiverkenntniß, zwar diese Basis des, nun einmal feststehenden formellen Rechts festhalten, jedoch daneben auf Wahrung des materiellen Rechts den möglichst besten Fleiß verwenden, und insbesondere, wenn das gesprochene Beweisinterlocut das Beweisthema nicht vollständig erfaßt habe, diese Lücke ergänzen und auf Beweis

des bis jetzt übersehenen Theiles des Beweisthemas erkennen sollen.

In diesem, wie es uns scheint, sehr heilsamen Gesetze findet sich kein Wort davon, daß eine unschlüssige Klage, die durch das rechtskräftige Beweisinterlocut für schlüssig angesehen worden ist, noch in dem Definitiverkenntnisse solle abgewiesen werden können. Dennoch hat die ältere Praxis diesen Sinn in das Gesetz gelegt, wie die, von Herrn Beschorner S. 179. Note 2. citirten Schriftsteller bezeugen, Herr Beschorner findet ebenfalls diesen Sinn in dem Gesetze, und tadelt daher dasselbe. Der Tadel trifft aber offenbar mit Unrecht das Gesetz, und kann nur die ältere Praxis treffen, die von den Gerichtshöfen Sachsens längst verlassen worden ist.

Sodann sagt Herr Beschorner S. 189., die sächsische Prozeßgesetzgebung strafe nicht die bösliche Verhaltung der Wahrheit. Diese Beschuldigung ist in ihrer Allgemeinheit unbegründet. Zwar hat die sächsische Prozeßgesetzgebung kein allgemeines Strafgebot über diesen Punkt; allein es finden sich in ihr mehrere specielle Bestimmungen, welche offenkundig darlegen, daß der Gesetzgeber das bösliche Verhalten der Wahrheit an der Partei und den Anwälten bestraft wissen will.

So bestimmt die erläuterte Prozeßordnung Tit. XVI. §. 2., daß die Anwälte, welche unleugbare, insbesondere notorische Thatsachen bei der Antwort auf die Klage verneinen, mit Geld oder auch mit der Suspension von der Praxis bestraft werden sollen.

So wird nach §. 4. 7. 8. des Anhangs zur erläuterten Prozeßordnung der Beklagte im gemischten Executivprozesse, welcher die Erfüllung des Vertrags oder seine Eigenschaft als Erbe leugnet, um den vierten Theil des Betrags des Streitgegenstandes bestraft.

So verliert nach der erläuterten Prozeßordnung Tit. XVI. §. 3. der Beklagte, welcher die Klage leugnete, den darüber angetragenen Eid annahm, jedoch nachmals diesen Eid nicht leistete, zur Strafe seine zerstörlichen Ausflüchte.

So verordnet dieselbe Gesetzstelle, daß die gemeinrechtlichen poenae infitiationis, die in §. 26. J. de act., fr. 80. D. de rei vind., fr. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. fr. 1. §. 1. 4. D. depos. und nov. 18. c. 8. bestimmt sind, auch in Sachsen Anwendung finden sollen. [1])

XV.

Beitrag zur Geschichte der Legislation über den Civilprozeß.

Von

Dr. **Ludwig Höpfner**,

Appellationsrath in Dresden.

Die neuste Erscheinung der Legislation über den Civilprozeß, welche uns zu Gesicht gekommen ist, betrifft das Herzogthum Braunschweig Lüneburg. Hier ist ein Gerichtsorganisationsgesetz unter dem 21. August 1849 und eine Civilprozeßordnung unter dem 19. März, publizirt am 15. April 1850, erschienen. Nach diesen Gesetzen ist das Civilprozeßrechtsleben in dem Herzogthum jetzt Folgendes:

Die Behörden sind. In erster Instanz, die Stadt- und Amtsgerichte in der Eigenschaft als Einzelrichter, für kleinere und schnell zu erledigende Rechtsstreitigkeiten, so wie für die Execution; die Kreisgerichte, kollegialisch gebildet, für die größere Streitigkeiten. In zweiter Instanz die Kreisgerichte in Beziehung auf die, in erster Instanz bei den Stadt- und Amtsgerichten anhängig wordenen Rechtssachen; das Obergericht zu Wolfenbüttel, kollegialisch construirt und in drei

1) Auch die, in der auth. contra. C. de non num. pec. bestimmte poena infitiationis fand in Sachsen bis zu dem Erscheinen der dec. 23. v. J. 1746 statt.